

# **ACTO Y REGLAMENTO EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS**

JUAN CARLOS CASSAGNE \*

## **1. Liminar**

A tres décadas de la sanción de la LNPA, uno de los temas centrales del Derecho Administrativo que concita la atención de los juristas argentinos sigue siendo el que tiene por objeto el análisis jurídico del reglamento y del acto administrativo (en su acepción técnica más usual). Aunque varias son las razones que motivan esa trascendencia pueden resumirse diciendo que se trata de categorías que constituyen algo así como “vectores” que se proyectan hacia otras instituciones o partes de la materia no menos fundamentales (contrato administrativo, servicio público, responsabilidad, actividad de limitación, contencioso-administrativo, entre otras).

Seguidamente, vamos a exponer una serie de reflexiones sobre algunas cuestiones que configuran las fortalezas y debilidades del ordenamiento nacional, para pasar luego al análisis de las figuras del reglamento y del acto administrativo en el marco de dicha ley y de las principales doctrinas expuestas.

## **2. El escenario de la LNPA: finalidad e interpretación**

La situación del Derecho Administrativo en la actualidad resulta muy distinta a la que existía al momento de sancionarse la LNPA en

\* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina.

el año 1972 y –aunque no vamos a describir en detalle el antiguo escenario– algunas referencias resultan insoslayables si se quiere captar el sentido que hoy tienen las prescripciones legales a la luz de las transformaciones operadas en el seno de la Administración y en el modelo de Estado. Estas transformaciones, precisamente, han pasado muchas veces desapercibidas para aquellos cultores del Derecho Administrativo que continúan anclados en las concepciones elaboradas antes de dictarse la LNPA, opuestas a su fuente doctrinaria que, como una paradoja, resurge hoy día con una nueva fuerza y vitalidad como consecuencia de su adaptación a los cambios operados.

Tal es el sentido de fidelidad que cabe guardar hacia la obra del principal inspirador del Título III de la LNPA quien, como se reconoce en la Exposición de Motivos, ha sido nuestro siempre recordado maestro Miguel S. Marienhoff.

Una visión actual y retrospectiva del escenario en el que se aplica la LNPA no puede prescindir de estos datos:

- a) en comparación con otras épocas no se puede desconocer que, actualmente, existe una Administración que cuenta con mejores recursos humanos (al menos, en el plano jurídico) y técnicos;
- b) la actividad administrativa, en general, se ha ordenado en torno al principio de legalidad, que se traduce en la vigencia de el reconocimiento de garantías efectivas para los administrados (ej.: los obstáculos que se interponían para ejercer el derecho a la vista de las actuaciones pertenecen al pasado del Derecho Administrativo). Los abusos y arbitrariedades (que siguen siempre existiendo) son hoy menores a los que se producían antes de la sanción de la ley;
- c) el modelo de Estado en el que opera la LNPA exhibe una realidad radicalmente distinta, como consecuencia de haberse pasado del Estado Benefactor al Estado Subsidiario, a raíz de los cambios que impulsó el proceso mundial de globalización de la economía y, entre nosotros, la transformación del Estado que condujo a la privatización de los principales servicios públicos que prestaban las empresas públicas;
- d) la interpretación administrativa y judicial ha seguido, en general, una línea que asigna prevalencia a las fuentes doctrinarias (particularmente al Tratado de Marienhoff y al Proyecto de Código Contencioso-Administrativo para la Nación de 1968). No se puede así desconocer, *malgré* lo sostenido por algunos autores

que pretenden amoldar los criterios legales a sus peculiares puntos de vista, que esta circunstancia ha contribuido a la seguridad jurídica en grado sumo, al uniformar la interpretación judicial de las principales prescripciones de la LNPA;

- e) el objetivo esencial que perseguía la LNPA, al centrarse en la constitución de un sistema legal garantístico de los derechos e intereses de las personas frente al Estado, se ha cumplido y continúa cumpliéndose, no obstante algunas desviaciones que una buena jurisprudencia podría llegar a corregir.

Puede adicionarse a lo expuesto la circunstancia que –pese a que se trata de una regulación incompleta, en muchos aspectos– el marco básico de la LNPA ha permitido, en líneas generales, tanto el desarrollo de una dinámica interpretativa de los textos existentes para amoldarlos a la realidad, como la inserción de nuevos principios e instituciones.

### **3. Consecuencias que generó la LNPA en el plano de la realidad jurídica**

Una primera consecuencia derivada de la sanción de la LNPA radicó en la aplicación de un bloque de normas propias del Derecho Administrativo para regular la mayor parte de las relaciones entre los particulares y la Administración, ya que si bien ya se había admitido, en ese tiempo, la aplicación generalizada de ciertos principios de Derecho Público, aún gravitaba, en la práctica administrativa de los escalones intermedios del Estado, el peso de la visión civilista sobre la actividad de los órganos y entes estatales.

De otra parte, a lo largo de los años, la LNPA ha sido objeto del análisis ciertamente crítico pero equilibrado, tanto por parte de la mayoría de la doctrina como de la jurisprudencia, dando pie a una interpretación evolutiva y dinámica que se revela por:

- a) la aplicación analógica y no meramente subsidiaria del Derecho Civil, lo cual implica la prevalencia y aplicación generalizada de los principios generales del Derecho Administrativo y de las fórmulas legales similares para resolver los casos no previstos por la LNPA, acudiendo al Derecho Privado sólo ante la insuficiencia de las fuentes formales, previa adaptación de sus prescripciones a los principios del Derecho Público;

- b) la creación pretoriana de nuevas técnicas y principios (que se incorporan al derecho), tales como la tutela judicial efectiva, la confianza legítima y el denominado *in dubio pro administrado*, así como la doctrina del acto propio y el principio general de la buena fe (estos últimos proveniente del Derecho Civil). Esta circunstancia ha impedido la llamada anquilosis o congelamiento de la ley, abriendo un ancho cauce a la interpretación, el cual, en la medida en que transite por el terreno garantístico, refuerza el Estado de Derecho y las garantías individuales.

En este punto del análisis global de la LNPA se puede sostener que su reforma no resulta imprescindible pues, mientras no se opere el crecimiento de nuestra economía, es mayor el interés en conservar la estabilidad de ciertas instituciones jurídicas básicas que gozan de una aceptación generalizada con el fin de alcanzar la necesaria credibilidad o confianza internacional, susceptible de mantener las inversiones existentes y atraer nuevas. En la actualidad, cualquier modificación —como algunas que lamentablemente se han llevado a cabo (aunque en forma limitada y parcial)— podría afectar la seguridad jurídica, máxime por lo imprescindible de su combinación con las tendencias interpretativas que se han generado a partir de la reforma constitucional de 1994.

Ahora bien, como no siempre es oro todo lo que reluce, existen algunas circunstancias que no han favorecido la interpretación y aplicación del sistema de la LNPA.

En primer lugar, una parte de la doctrina acusa una gran dispersión interpretativa, habiéndose incurrido, a nuestro juicio, en una interpretación libre de los principios y preceptos de la LNPA, la cual se aparta muchas veces tanto de las fuentes como de la jurisprudencia. Sin embargo, esta falta de unidad doctrinaria no ha resentido ni influido mayormente en la labor jurisprudencial la cual, en líneas generales, se ha atendido a la interpretación auténtica y realista de las principales prescripciones legales. Hay que reconocer que esa falta de ingeniería social —como diría Mario Bunge— que se revela en las posturas que se orientan a criticar o destruir el sistema antes que mantenerlo o reconstruirlo no ha sido la tendencia dominante en los últimos años y, sobre todo, en la producción científica que surge del desarrollo de los institutos de investigación de las carreras de posgrado.

En segundo término, cuadra observar que la LNPA no ha constituido un freno eficaz contra la corrupción como consecuencia de ha-

ber omitido reglamentar el principio de la transparencia y medidas de prevención tales como las que ahora existen a partir de la vigencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Esta última, que constituye una fuente supra-nacional del Derecho Administrativo, torna innecesario introducir modificaciones a la LNPA, bastando el dictado de normas reglamentarias al nivel del Poder Ejecutivo Nacional.

#### **4. Las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales interpretativas**

La sistematización de las corrientes interpretativas de una ley —en este caso la LNPA— corre el riesgo de resultar artificial o incompleta en cuanto depende siempre de la discrecionalidad con que se escoge el elemento rector que se toma en cuenta para realizar la tarea, de por sí compleja, de agrupar y discriminar, a la vez, las diferentes tendencias doctrinarias y jurisprudenciales que exhibe la interpretación de la LNPA. Con ese alcance relativo pensamos que ellas pueden resumirse en dos grandes líneas:

- a) una corriente estatista, apegada ciertamente más a la exégesis que a una interpretación dinámica y evolutiva (y, sobre todo, garantística), pone el acento en la irrestricta defensa del interés público (al que suele confundir con el interés de la Administración) e inaplica el principio *in dubio pro administrado* y otros principios cardinales como la confianza legítima y la tutela judicial efectiva (este último en cuanto a la interpretación de las normas procesales de la LNPA, es decir, con respecto a los arts. 23 y subsiguientes);
- b) una corriente garantística que, con algunas paradojas, se vuelca en una subdivisión. Mientras que una línea interpretativa se orienta a evitar una diferencia injustificada en el tratamiento de los distintos protagonistas privados de la relación jurídica con el Estado (meros ciudadanos, contratistas incluidos los concesionarios y licenciatarios, y los llamados usuarios), otra, en cambio, opta por dar una exagerada prevalencia a la protección del usuario del servicio público en desmedro, incluso, de los legítimos derechos del concesionario. Otra distorsión sería la que se produce al pretender aplicarle a los concesionarios de servicios públicos la teoría de la “sujeción especial”, para excluirlos del ámbito de

aplicación de ciertas normas garantísticas (incluso algunas, como el informalismo, que emergen directamente de la LNPA). La paradoja es que esta última corriente interpretativa traduce, desde el punto de vista del contratista privado, interpretaciones que llegan a conculcar muchas veces los derechos reconocidos en los respectivos contratos, convirtiéndose así en una corriente autoritaria más que garantística, desde la óptica de los intereses privados del prestador del servicio.

En ambas interpretaciones late una ideología radicalmente distinta que necesariamente conduce a una interpretación diversa del art. 42 de la CN, como que también ambas posturas exhiben defectos semánticos y metodológicos, transformando discusiones de fondo en meras discrepancias verbales y viceversa, al igual que con la misma facilidad transitan por el camino del método descriptivo para encubrir fórmulas preceptivas.

## **5. Acto y reglamento de la LNPA**

En lo que sigue vamos a limitar nuestro análisis a los aspectos dogmáticos más trascendentes del acto y del reglamento en el sistema de la LNPA excluyendo los detalles de su régimen jurídico, suficientemente estudiados por la doctrina y jurisprudencia administrativas.

### ***5.1. El concepto de acto y reglamento***

Si bien la LNPA ha incluido definiciones en su texto, de sus diferentes prescripciones se desprenden algunas consecuencias:

- a) aunque el art. 1° de la LNPA parece orientarse hacia una noción orgánica o subjetiva de acto administrativo como actividad del Ejecutivo, nada impide utilizar, por analogía, el criterio de la función materialmente administrativa para asignar el carácter de actos administrativos a los provenientes de los órganos legislativo y judicial, como efectivamente lo ha interpretado prácticamente la totalidad de la doctrina y los distintos tribunales del fuero federal;
- b) no obstante que parece haber adoptado el criterio de mayor amplitud conceptual considerando que el reglamento es un acto administrativo, aunque de alcance general —pues así se lo mencio-

na en varias prescripciones— lo cierto es que la LNPA regula también, específicamente, aspectos que hacen a la autonomía de la figura reglamentaria, como el régimen de publicidad (art. 11), y va de suyo que excluye su aplicación en los supuestos en que trata de la revocación del acto administrativo. Ambas nociones subsisten así en la LNPA en forma implícita, lo que no ha provocado mayores inconvenientes a la hora de interpretar los respectivos preceptos;

- c) sin embargo, si se independiza el concepto de reglamento (que comprende el mero acto de alcance general que no integra el ordenamiento) de la figura más específica del acto administrativo (concreto y, por tanto, de efectos jurídicos individuales) tal disolución permite extender la noción de reglamento sin mayores escollos interpretativos, salvo los ideológicos, a los reglamentos delegados y de necesidad y urgencia, lo cual brinda a los titulares de los derechos afectados en cada caso una mayor protección jurídica.

## ***5.2. Diferencias entre los regímenes jurídicos del acto administrativo y del reglamento***

Tal como ocurre con respecto a la noción positiva, la mayoría de estas diferencias no surgen de la LNPA en forma expresa siendo ellas, en algunos casos, el producto de creaciones doctrinarias recogidas por la jurisprudencia y, en otros casos, una interpretación extensiva o implícita de las normas en juego. Veamos en qué consisten.

### *A) La prelación jerárquica del reglamento y la imposibilidad de establecer excepciones singulares y concretas*

Uno de los principios más importantes del Derecho Administrativo anterior a la Revolución Francesa era el denominado de la “indelegabilidad singular del reglamento”. Durante el Derecho Regio, la forma jurídica que instrumentaba las normas de alcance general que emitía el monarca o el príncipe, no podía derogarse para los casos particulares a través del dictado de actos de excepción.

Esta regla halla su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, que proclama el artículo 16 de la Constitución Nacional y que es de estricta aplicación en materia reglamentaria.

A raíz de la prelación jerárquica, el acto administrativo, que por su naturaleza es concreto y de alcance individual, debe adaptarse a la normativa general que prescriba el reglamento.

De este principio se desprenden consecuencias que hacen al régimen jurídico del reglamento, a saber:

- 1) la misma Administración no puede derogar singularmente (por un acto administrativo) un reglamento, ya fuere éste de ejecución, delegado, autónomo o de necesidad y urgencia;
- 2) el órgano administrativo superior puede derogar el reglamento del órgano inferior o modificarlo mediante otro acto de alcance general, si posee competencia y potestad reglamentaria;
- 3) el órgano administrativo superior que carece de potestad reglamentaria puede derogar un reglamento del órgano inferior, de oficio o al resolver el recurso jerárquico, donde se cuestione indirectamente el reglamento. En cambio, nunca puede dictar un acto administrativo de excepción que no se ajuste al reglamento, ya que ello violaría la garantía de la igualdad ante la ley.

Por otra parte, no resulta necesario, como principio general, el dictado de reglamentos previos por parte de la Administración para que ésta pueda emitir actos administrativos de alcance individual, ya que muchas veces para que la ley se cumpla no se precisa el dictado de reglamentos.

La prohibición de alterar o violar un reglamento mediante el dictado de un acto administrativo ha sido reiteradamente señalada por la Procuración del Tesoro de la Nación, quien también la ha fundado en la necesidad de observar el principio de legalidad.

### *B) El régimen de publicidad*

La técnica de la publicidad a que está sometido el reglamento difiere de la prescripta para el acto administrativo. El reglamento adquiere vigencia, por principio, mediante la publicación, ya que al trasuntar el ejercicio de la función materialmente legislativa, se torna imprescindible el cumplimiento de un postulado constitucional básico en todo estado de derecho: la igualdad ante la ley (art. 16, CN). En cambio, el acto administrativo —que posee siempre alcance individual— cobra publicidad a través de la notificación, la cual, en principio, debe realizarse en forma personal y fehaciente. La distinta modalidad que implica el régimen de publicidad entre el acto administrativo y el reglamento ha sido reconocida tanto por la doctrina nacional como comparada, encontrándose incorporada al ordenamiento vigente en el orden nacional y provincial.



De las diferencias apuntadas en el régimen de publicidad surge que las personas físicas o jurídicas que hubieran tomado conocimiento de un acto administrativo, aun sin hallarse notificadas, pueden pedir su aplicación. Tal posibilidad no existe en relación a los reglamentos en razón de la desigualdad que se generaría con quienes no hubieran tenido la oportunidad de conocer sus disposiciones, lo cual sería violatorio del principio constitucional de la igualdad ante la ley (art. 16, CN). Por esta causa, la última parte del art. 11 de la LNPA que reconoce la facultad, a favor de quien conozca el contenido de un reglamento antes de su publicación, de pedir la aplicación del mismo, debe reputarse inconstitucional.

*C) Otras diferencias entre el régimen del reglamento y del acto administrativo*

En materia de extinción, los reglamentos participan del mismo régimen que las leyes en el sentido de que ningún derecho adquirido puede impedir su derogación. Lo contrario importaría tanto como postular la total inmovilidad del derecho objetivo en materia reglamentaria. Los reglamentos son, por lo tanto, esencialmente revocables en sede administrativa, principio que resulta opuesto al que rige los actos administrativos que, en principio, gozan de estabilidad.

De ese modo, el sistema de revocación que contienen las normas de la LNPA sólo se aplica a los actos administrativos (de alcance individual).

Tampoco se aplican a los reglamentos las disposiciones sobre silencio administrativo (por su propia naturaleza, pues no puede haber actos generales tácitos de denegatoria), ni las normas que se refieren a la intervención previa del administrado en el proceso de formación del acto administrativo (debido proceso adjetivo).

En materia de protección jurisdiccional también el respectivo régimen acusa diferencias en punto a la situación legitimante del titular del derecho o interés legítimo, pues, al menos en el orden nacional y en algunos códigos procesales contencioso administrativos de las provincias se consagran requisitos especiales para la impugnación judicial directa de los reglamentos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que había negado en algunos casos la protección jurisdiccional de los administrados que impugnaban ante la justicia directamente reglamentos ilegítimos, en base al argumento de que en virtud de su contenido general no existía "gravamen actual" deben considerarse hoy

superada por las normas de la LNPA que admiten la impugnación judicial directa del reglamento [art. 24, inc. a) y 30 LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686].

Por último, en cuanto a los denominados caracteres del acto administrativo, mientras el acto y el reglamento poseen un régimen jurídico común en materia de presunción de legitimidad (lo cual no se configura cuando la invalidez resulta manifiesta) en materia reglamentaria no rigen ni el principio de ejecutoriedad ni tampoco la ejecutividad, dado que se trata de actos que generan relaciones abstractas para cuya concreción se requiere el dictado de un acto administrativo.

De otra parte, el principio de irretroactividad de las leyes que prescribe el art. 3 del Código Civil, por constituir una norma aplicable a todo el ordenamiento (y no sólo al Derecho Privado) resulta de aplicación directa en materia reglamentaria, lo cual no significa, sin embargo, que el régimen del acto administrativo contemple la retroactividad como regla general, sino sólo en los casos contemplados expresamente en el art. 13 de la LNPA.